# Das kaufmännische Zurückbehaltungs-Recht

## im geltenden Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

**Walter Röntsch**

bacc. jur.

Referendar in Leipzig.

Otto Wigand

Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei

Leipzig 1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0033

Meiner Braut.

# Literatur-Verzeichnis.


Anschütz und von Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Erlangen 1874.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1901.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim 1899.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1882.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Frommhold, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im geltenden Recht. Inaugural-Dissertation. Leipzig 1903.

Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Handausgabe. München 1905.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1868.

von Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Braunschweig 1875.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Band VI. Berlin 1897.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. Würzburg 1858.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1906. Band II. 1907.

Marcour, Das Zurückbehaltungsrecht des Kaufmanns nach dem Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897. Inaugural-Dissertation. Coblenz 1908.

Masch, Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes bei normaler Vermögenslage des Schuldners. Inaugural-Dissertation. Borna-Leipzig 1906.

Planitz, Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes geschichtlich entwickelt. Inaugural-Dissertation. Leipzig 1906.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1894.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.

Thöl, Das Handelsrecht. Leipzig 1879.

Wächter, Das Handelsrecht nach dem deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1866.

Wiedemann, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Inaugural-Dissertation. Leipzig 1907.

Wertheimber, Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Inaugural-Dissertation. Borna-Leipzig 1906.

# Inhalts-Verzeichnis.


**Einleitung.**

Seite

§ 1. Das Verhältnis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes zum civilen Zurückbehaltungsrecht . . . . . 1

I. Teil.

**Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes.**

§ 2. Subjekte . . . . . 4
§ 3. Objekte . . . . . 10
§ 4. Forderungen . . . . . 13
§ 5. Besitz des Gläubigers . . . . . 14
§ 6. Eigentum des Schuldners . . . . . 19
§ 7. Unzulässigkeit der Anwendung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes . . . . . 21
§ 8. Notzurückbehaltungsrecht . . . . . 24

II. Teil.

**Die Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes.**

§ 9. Das Recht des Gläubigers, zurückzuhalten . . . . . 27
§ 10. Die Sicherheitsleistung . . . . . 31
§ 11. Das Recht des Gläubigers, sich zu befriedigen . . . . . 32
§ 12. Wirkung gegen Dritte und im Konkurs. . . . . 37

III. Teil.

§ 13. Beendigung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes 40

# Einleitung.

## § 1.

### Das Verhältnis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zum civilen Zurückbehaltungsrecht.

Das Zurückbehaltungsrecht ist keine Schöpfung des modernen, nicht einmal des deutschen Rechtes. Seine Wurzeln reichen zurück bis in das prätorische Recht des alten Rom, wo es in der Form der exceptio doli in die Erscheinung trat. Es hat Aufnahme gefunden im gemeinen Recht und ist von den großen Codifikationen, dem allgemeinen Landrecht (I, 20. Titel, §§ 536 ff.) und dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch übernommen worden (§§ 767—769).

Das B.G.B. stellt in den §§ 273, 274 Regeln über Voraussetzungen und Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes auf.

Es ist klar, daß sich auch die Handelswelt dieses so überaus praktischen Rechtsinstitutes bemächtigte, wenn für sie auch andere Grundsätze maßgebend waren und sein mußten. So finden wir denn auch im alten Handelsgesetzbuch die Grundsätze über Voraussetzungen und Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ausgesprochen und das neue H.G.B. vom 1. Mai 1897 hat diese in der Hauptsache anerkannt und aufgenommen.

Nur das B.G.B. gibt eine Definition dieses Rechtes und zwar bestimmt § 273, daß das Zurückbehaltungsrecht das Recht des Schuldners ist, die Leistung zu verweigern, bis ein konnexer fälliger Anspruch, den der Schuldner gegen den Gläu-

biger hat, bewirkt ist. Das H.G.B. hingegen beschränkt sich darauf, Voraussetzungen und Wirkungen zu normieren.

Neben einschneidenden prinzipiellen Unterschieden weisen beide Institute, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht und das civile Zurückbehaltungsrecht, einige kongruente Eigenschaften auf.

Das erste Erfordernis, das beiden eigen ist, ist die Fälligkeit der Forderungen. Diese muß vorhanden sein im Augenblick der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes, d. h. die Befriedigung der Forderung muß rechtlich verlangt werden können, ohne daß ihr eine Einrede entgegengesetzt werden kann.

Allerdings entfällt die Voraussetzung der Fälligkeit, wie wir später sehen werden[1]), beim kaufmännischen Notzurückbehaltungsrecht.

Die Gleichheit des Namens der Rechte deutet auf Gleichheit des Inhalts hin: der Retinent ist befugt, zurückzuhalten. Er darf also die Herausgabe einer Sache verweigern, obwohl diese an und für sich gefordert werden könnte.

Bei beiden kann die Ausübung des Rechtes durch Sicherheitsleistung abgewendet werden. Die hier eingreifenden Vorschriften stimmen wörtlich überein.

Zweck des Zurückbehaltungsrechtes ist in erster Linie Sicherung einer Forderung, die gefährdet erscheint. Die Gefährdung entfällt jedoch, wenn für die Forderung Sicherheit geleistet ist[2]), denn dadurch erlangt der Gläubiger kraft Gesetzes ein Pfandrecht an der hinterlegten Sache[3]).

Neben diesen gemeinsamen Eigenschaften weisen die beiden Zurückbehaltungsrechte auch wesentliche Verschiedenheiten auf.

Wenn wir bei Besprechung der Fälligkeit gesagt haben, das civile Zurückbehaltungsrecht sei gegeben, wenn die For-

---

1) s. u. § 8.
2) § 232 B.G.B.
3) § 233 B.G.B.

derung fällig sei, so haben wir damit diese Voraussetzung nicht erschöpft, denn das B.G.B. gewährt das Zurückbehaltungsrecht nicht nur wegen fälliger Forderungen, sondern wegen fälliger Ansprüche. Während das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auf bewegliche Sachen und Wertpapiere[4]) beschränkt bleibt, erstreckt sich das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht auch auf Rechte und Leistungen.

Auch bezüglich der Subjekte des Zurückbehaltungsrechtes besteht ein Unterschied: Retinent des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechtes ist der Schulder, der des kaufmännischen der Gläubiger. Bei jenem kann es also schon Platz greifen, wenn ein Vertrag die Grundlage der rechtlichen Beziehungen der Parteien bildet und die Leistung aus eben diesem Vertrag verweigert werden darf; bei diesem wird vorausgesetzt, daß beide Gegner schon in Vertragsverhältnissen gestanden haben, die Forderungen begründeten.

Während das B.G.B. Konnexität der Ansprüche verlangt, fordert das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur, daß die Forderungen, derentwegen reteniert wird, auf Grund von beiderseitigen Handelsgeschäften unter Kaufleuten entstanden sind.

Konnexität bedeutet Beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnisse, z. B. auf einem gegenseitigen Vertrag. Es ist aber oft sehr zweifelhaft, wann dasselbe rechtliche Verhältnis vorliegt. Eine präzise Bestimmung, wann Ansprüche konnex sind, ist bisher noch nicht gegeben worden.

Ein grundsätzlicher Unterschied besteht in der Wirkung beider Zurückbehaltungsrechte. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht gibt lediglich die Möglichkeit, zurückzuhalten; es ist also nur ein Mittel zur Sicherung, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht hingegen ist praktisch viel wertvoller; es gewährt auch noch die Möglichkeit der Befriedigung; es ist neben dem Sicherungs- auch noch Deckungsmittel. Die Geltend-

4) § 369 H.G.B.

machung des Zurückbehaltungsrechts nach B.G.B. hat die Folge, daß in einem vom Gläubiger angestrengten Prozeß auf Herausgabe die Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug erfolgt. Wird aber das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im Prozeß geltend gemacht, so hat diese Einrede mit Notwendigkeit zur Folge, daß der Schuldner mit der Klage abgewiesen wird [5]).

An letzter Stelle sei erwähnt, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem Gläubiger im Konkurs des Schuldners ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt [6]), während der Schuldner, der das Zurückbehaltungsrecht nach B.G.B. im Konkurs seines Gläubigers zur Geltung bringt, hierdurch keine bevorrechtigte Stellung erwirbt.

---

I. Teil.

# Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes.

## § 2.

### Subjekte.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht findet nur im Bereiche des Handelsverkehrs Anwendung und dieser wird im H.G.B. geregelt. Das Gesetz bestimmt als erste Voraussetzung die Kaufmannsqualität des Gläubigers und Schuldners. Nach dem 1. Entwurfe des H.G.B. [1]) sollte das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht schon dann gegeben sein, wenn nur der Gläubiger Kaufmann war, gleichgültig, ob diese Eigenschaft bei dem anderen vorlag oder nicht. Daß diese un-

---

5) s. u. § 11.
6) K.O. § 49, Ziff. 4.
1) Art. 262.

gleiche Verteilung von Recht zur Ungerechtigkeit führen mußte — es sei nur erwähnt, welch günstige Position ein Gläubiger, der Kaufmann ist, gegenüber einem nicht kaufmännischen Gläubiger im Konkursverfahren erlangte — lag auf der Hand. Und doch fand sich nur eine geringe Mehrheit, die in der zweiten Lesung diese geplante Bestimmung zu Falle brachte. Nunmehr wurde die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nur dann möglich, wenn beide Teile Kaufleute im Sinne des Gesetzes sind.

Das neue H.G.B. gibt eine vom alten H.G.B. wesentlich verschiedene Definition das Kaufmanns.

Letzteres [2]) ging vom Begriffe des Handelsgeschäftes aus und bestimmte, daß jeder, der ein Handelsgeschäft gewerbsmäßig betrieb, Kaufmann sei. Das neue H.G.B. hingegen basiert auf dem Begriff „Handelsgewerbe" und nennt denjenigen einen Kaufmann, der ein Handelsgewerbe betreibt. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß der Begriff nach dem geltenden Rechte viel weiter umfassend ist als der des a. H.G.B.

Der § 1 H.G.B. spricht nicht davon, daß das Handelsgewerbe selbständig betrieben werden müsse. Doch liegt dies implicite im Worte „betreiben" = im eigenen Namen führen oder führen lassen. Der Prokurist ist also ebensowenig Kaufmann wie der Handlungsgehilfe, denn er betreibt das Gewerbe nicht im eigenen Namen. Geschäftsfähigkeit [3]) ist nicht Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft. Es kann also auch ein Geisteskranker Kaufmann sein, ebenso ein Minderjähriger unter 7 Jahren, z. B. wenn er als Erbe eines Kaufmanns in Frage kommt.

Welche Gewerbe die Kaufmannsqualität begründen, darüber geben §§ 1 Abs. 2, 2, 3 Abs. 2 Auskunft.

---

2) Art. 4 H.G.B.
3) § 104 B.G.B.

Die im § 1 Abs. 2 genannten Personen sind Kaufleute ipso jure, Cosack[4]) nennt sie Kaufleute kraft Gesetzes. Man nennt sie wohl auch Muß-Kaufleute.

Kaufmann wird ferner der Gewerbetreibende, dessen Geschäftsbetrieb nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtet ist. Seine Eigenschaft als solcher entsteht zwar von selbst, jedoch wird sie erst offenbart und jedem Dritten durch einen Akt der Staatsgewalt kenntlich gemacht: durch die Eintragung in das Handelsregister. Es ist aber nicht in das Belieben eines derartigen Gewerbetreibenden gestellt, ob er sich eintragen lassen will oder nicht, sondern das Gesetz verlangt von ihm, daß er die Eintragung anmelde und setzt seinen Willen durch Verhängung von Ordnungsstrafen — bis zur Höhe von 300 Mark — durch[5]). Cosack[6]) nennt diese Kategorie Kaufleute kraft Eintragung ins Handelsregister; bezeichnend ist auch der Ausdruck Sollkaufmann.

Die in § 3 H.G.B. genannten Land- und Forstwirte können Kaufmannseigenschaft erlangen (Kann-Kaufleute), dafern sie mit ihrem Land- oder Forstwirtschaftsbetrieb, der an und für sich keine Kaufmannsqualität verschafft, ein Nebengewerbe verbinden, das ein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1 und 2 H.G.B. ist, z. B. eine Kornbrennerei, eine Ziegelei, eine Schneidemühle usw. Diesen Personen wird ihre Kaufmannseigenschaft durch den Staat gegeben und zwar geschieht dies durch die Eintragung ins Handelsregister. Während diese bei den Mußkaufleuten lediglich deklaratorische Wirkung hat, zeigt sie bei den Soll- und Kannkaufleuten konstitutorische Wirkung. Cosack[7]) bezeichnet diese als Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung.

---

4) Lehrbuch, S. 21.
5) H.G.B. § 14.
6) Lehrbuch, S. 25.
7) Lehrbuch, § 8.

Wie sich die Gewerbetreibenden nun auch nennen mögen, ob Muß-, Soll- oder Kannkaufleute, alle sind sie geeignete Subjekte für das Zurückbehaltungsrecht.

Hierzu treten noch die sogenannten geborenen Kaufleute: Die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die eingetragenen Genossenschaften. Diese sind unter allen Umständen Kaufleute im Sinne des Gesetzes, selbst dann, wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben [8]). Dabei sei hervorgehoben, daß für Kaufmannseigenschaft begrifflich der Wille gehört, das Handelsgewerbe zu einer dauernden Einnahmequelle zu machen. Wer ein Handelsgewerbe betreibt, ohne daraus Gewinn erzielen zu wollen, ist kein Kaufmann. Staub [9]) nennt als Beispiel hierfür die Konsumvereine. Auch die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit dürften hierzu zu zählen sein. Wenn derartige Unternehmungen auch kaufmännisch eingerichtet sind: die Angestellten sind Handlungsgehilfen, es werden Handelsbücher geführt usw., so mangelt ihnen doch die Kaufmannsqualität, da sie nicht um ihres eigenen Gewinnes willen arbeiten.

Daß Staaten und Kommunalverbände Kaufleute sind, soweit sie ein Handelsgewerbe betreiben (z. B. durch den Betrieb eines Elektrizitätswerkes, von Eisenbahnen, Straßenbahnen), ist zu bejahen, wenn auch die Frage bestritten ist. Für sie herrscht jedoch — und das ist ihre Sonderstellung — kein Zwang zur Eintragung ins Handelsregister [10]).

Eine Ausnahmestellung nimmt kraft besonderer Bestimmung die deutsche Reichspost sowie die Post der Bundesstaaten ein. Diese gelten nicht als Kaufleute im Sinne des H.G.B. [11]).

---

8) Staub, S. 714.
9) S. 30.
10) H.G.B. § 36.
11) H.G.B. §§ 452, 663.

Wie steht es nun mit den Minderkaufleuten und den Scheinkaufleuten?

1. Minderkaufleute: Handwerker und Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleinbetriebes hinausgeht [12]), sind Kaufleute im Sinne des Handelsrechts, nur versagt ihnen das Gesetz mehrere den Vollkaufleuten zustehende Rechtsinstitute: das Firmenrecht, die Pflicht, Handelsbücher zu führen, die Prokura. Deshalb nennt man sie Kaufleute minderen Rechts, Minderkaufleute [13]).

Auch ihnen steht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zu, denn der § 369 H.G.B. verlangt lediglich Kaufmannseigenschaft und macht das Zurückbehaltungsrecht nicht davon abhängig, ob der Retinent eine Firma oder das Recht habe, Prokura zu erteilen, oder ob er pflichtgemäß Handelsbücher zu führen habe. Ein Minderkaufmann kann also jedem anderen Kaufmann gegenüber zurückhalten, sowohl wegen seiner Forderungen gegen einen Vollkaufmann als auch gegen einen anderen Minderkaufmann.

2. Scheinkaufleute. Wie alle Register, Grundbücher, Vereinsregister, Güterrechtsregister, so genießt auch das Handelsregister publica fides. Es gilt als richtig [14]), d. h. jeder Dritte kann sich auf den Eintrag berufen, wenn dieser bekannt gemacht worden war. Und doch kann es vorkommen, daß der Eintrag unrichtig ist, daß jemand ins Handelsregister eingetragen ist, ohne Kaufmann zu sein, ohne die dazu gehörigen Voraussetzungen zu erfüllen (Scheinkaufmann). Beruft sich nun jemand auf diesen Eintrag, so kann ihm der andere nicht entgegenhalten, er sei gar kein Kaufmann. Einem solchen gegenüber ist also z. B. auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gegeben; andererseits kann aber auch dem Scheinkaufmann von einem Dritten nicht entgegengehalten

12) H.G.B. § 4.
13) Cosack, S. 48.
14) H.G.B. §§ 15, Abs. 2, 10.

werden, daß er kein Kaufmann sei. Das besagt, daß auch der Scheinkaufmann retinieren kann.

Der § 369 bestimmt, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften Platz greifen kann, d. h. aus Geschäften, die auf beiden Seiten zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören. Schuldner und Gläubiger müssen die Absicht gehabt haben, die Verpflichtung auf Grund ihrer Handelsbeziehungen zueinander einzugehen. Damit entfallen alle die Forderungen, die auf Grund eines Gesetzes oder einer unerlaubten Handlung entstanden sind, es sei denn, daß letztere in der Verletzung eines Vertrages, der beiderseits im Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen worden ist, zu erblicken sei.

Das Gesetz verlangt, daß das Geschäft zwischen ihnen abgeschlossen ist. Es müssen also beide Kaufleute an dem Zustandekommen des obligatorischen Verhältnisses direkt beteiligt sein. Darnach sind Forderungen, die durch Cession oder Erbschaft auf einen Kaufmann übergegangen sind, keine geeigneten Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts. Freilich vertritt Cosack [15]) die entgegengesetzte Auffassung, der die abgetretenen und ererbten Forderungen den ursprünglich erworbenen gleichstellt. Seine Ansicht setzt sich jedoch unseres Erachtens in direkten Widerspruch zu dem Gesetz.

Die Kaufmannseigenschaft muß vorliegen in dem Augenblick, wo das Zurückbehaltungsrecht entsteht, nicht schon bei dem Entstehen der Forderung. Verschieden ist der Zeitpunkt des Erwerbes dieser Eigenschaft. Der Mußkaufmann und der geborene Kaufmann erlangt sie mit dem Beginn des Gewerbebetriebes, die Eintragung hat, wie wir oben sahen [16]), lediglich deklaratorischen Charakter. — Der Soll- und der Kannkaufmann wird erst durch die Eintragung Kaufmann (konstitu-

15) Lehrbuch, S. 129.
16) s. o. S. 6.

tive Wirkung) und ist erst von diesem Augenblicke an fähig zu retinieren.

Ein Kaufmann verliert seine Eigenschaft als solcher, wenn er sein Handelsgewerbe schließt, nur bei den Handelsgesellschaften überdauert sie das tatsächliche Einstellen des Betriebes; hier ist maßgebend der Zeitpunkt, in dem die Liquidation beendet ist.

Der Konkurs eines Kaufmannes zerstört die Kaufmannsqualität nicht, es sei denn, daß er seinen Handelsgewerbebetrieb einstellt [17]).

Ist aber das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht für einen Kaufmann einmal entstanden, so hat das spätere Erlöschen der Kaufmannseigenschaft keinen Einfluß auf die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.

## § 3.

## Objekte.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist auf einen bestimmten Kreis von Objekten beschränkt. Es sind dies die beweglichen Sachen und die Wertpapiere, die mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Retinenten gelangt sind.

### 1. Bewegliche Sachen.

Das B.G.B. unterscheidet zwischen Sachen und Rechten und versteht unter Sachen nur körperliche Gegenstände [1]). Auch hieraus [2]) ergibt sich, daß ein Zurückbehaltungsrecht an Rechten nicht möglich ist, allerdings mit der Einschränkung, daß das Recht in einer Sache, einem Wertpapiere, verkörpert wird. Den beweglichen Sachen setzt das B.G.B. andererseits die Grundstücke entgegen.

---

17) R.G. XIII, 152.
1) B.G.B. § 90.
2) s. o. S. 3.

Im alten H.G.B. war ausdrücklich die Bestimmung aufgenommen worden, daß Verträge über unbewegliche Sachen (Grundstücke nach der Terminologie des B.G.B.) keine Handelsgeschäfte seien. Dem neuen H.G.B. ist diese Vorschrift fremd. Schließt also ein Kaufmann mit einem anderen einen Vertrag über ein Grundstück ab (Miet-, Pacht- oder Kaufvertrag), so ist das ein Handelsgeschäft, z. B. die Miete eines Ladens, einer Niederlage, Kauf eines Grundstücks zur Anlage einer Fabrik. Trotzdem kann er das Vertragsobjekt, das Grundstück, nicht retinieren.

Eine wichtige Ausnahme von dem Grundsatz, daß bewegliche Sachen retinabel sind, macht der wichtigste Faktor unserer Handelswelt, das Geld, soweit es einen Sachinbegriff darstellt. An diesem kann nie ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden, wohl aber an den einzelnen Teilen. Eine Bibliothek, eine Sammlung als solche ist kein zulässiges Objekt, nur einzelne bestimmte Teile. Genau so beim Gelde: Ein Kaufmann kann also nur einzelne Geldstücke, Geldrollen, auch Geldstücke mit Raritätenwert, zurückbehalten. Das Reichsgericht [3]) hat diese Ansicht auch damit begründet, daß eine Geldsumme als Sachinbegriff kompensierbar, nicht retinierbar sei. Bei der Betrachtung darüber, daß Geld nicht retinierbar ist, tritt der Unterschied zum Zurückbehaltungsrecht nach dem B.G.B. deutlich zutage. Dieses gibt das Recht, „die geschuldete Leistung zu verweigern". Der Schuldner kann eine Summe Geld, die zu zahlen er an und für sich verpflichtet ist, zurückhalten, nicht so der Kaufmann. Als Beispiel diene das depositum irregulare [4]). Bei ihm ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen.

### 2. Wertpapiere.

Wertpapiere sind Urkunden, bei denen die Ausübung des in ihnen verbrieften Rechtes an den Besitz des Papieres ge-

3) R.G. XII, 90, 91.
4) § 700 B.G.B.

knüpft ist und deren Übertragung die Übertragung des Rechtes enthält [5]). Die Frage, ob es sich hierbei um alle Wertpapiere handelt, oder nur um die für den Handelsverkehr bestimmten, ist bestritten. Das Gesetz läßt die Auffassung zu, daß alle Wertpapiere Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes sein können. Jedoch vertritt Staub [6]) wohl mit Recht die entgegengesetzte Ansicht, da „das Zurückbehaltungsrecht ein ausschließlich kaufmännisches Recht sei, nur einem Kaufmann gegenüber einem solchen zustehen soll, nur wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften und nur an Sachen, die durch Handelsgeschäfte in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, entsteht". Das alte H.G.B. führte als die für das Handelsrecht in Betracht kommenden Papiere Staatspapiere und Aktien an, während das neue H.G.B. ganz allgemein von Wertpapieren spricht. Jedoch betont die „Denkschrift zum Entwurf eines neuen Handelsgesetzbuches", das neue H.G.B. wolle von der früheren Auffassung nicht abweichen.

Natürlich ist es Tatfrage, welche Papiere für den Handelsverkehr sich eignen; bestimmend dürfte in erster Linie ihre praktische Verwendbarkeit sein. Hierzu sind zu rechnen die Orderpapiere, die Inhaberpapiere und die unechten Inhaberpapiere [7]), alles Papiere, die durch Tradition oder durch Indossament übertragen werden. Deren Praktikabilität für den Handelsverkehr rührt daher, daß der Retinent keinen Einwendungen des Schuldners, die er aus der Person seines Vormannes herleiten kann, ausgesetzt ist. Erfolgt aber die Übertragung des Papieres durch Cession, wie beim Rektapapier, so kann der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber alle Einwendungen geltend machen, die ihm zur Zeit der Cession gegen seinen früheren Gläubiger zustanden, und dadurch wird ihre Verwendbarkeit für den Handelsverkehr beschränkt. Derartige Papiere sind keine geeigneten Retentionsobjekte.

5) Staub, S. 40.
6) S. 1209.
7) B.G.B. § 807.

## § 4.

### Forderungen.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann nur wegen fälliger Forderungen, die einem Kaufmann gegen einen anderen auf Grund von Handelsgeschäften zustehen, geltend gemacht werden. Fällig ist eine Forderung dann, wenn die Leistung beansprucht werden kann. Hieraus folgt unmittelbar, daß bedingte oder befristete Forderungen nicht fällig sind, ebensowenig solche, die wohl entstehen müssen, aber noch nicht entstanden sind oder erst im Entstehen begriffen sind.

Mit gutem Grunde ist die Fälligkeit einer Forderung zu einer der Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes gemacht worden. Es würde gegen die guten Sitten verstoßen, wenn jemand eine dem Schuldner gehörige Sache wegen einer Forderung zurückbehalten wollte, die er ihm z. B. gestundet hatte.

Die Fälligkeit der Forderung muß vorhanden sein in dem Augenblicke, in dem das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt wird, also dann, wenn die Sache verweigert wird für den Fall, daß der Schuldner die Herausgabe der Sache verlangt, oder wenn die Forderung, derentwegen zurückgehalten wird, im Wege der Klage geltend gemacht werden könnte. Wann eine Forderung fällig ist, ergibt sich im allgemeinen aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Jedoch ist zu beachten, daß bei mangelnder Fristvereinbarung sofortige Fälligkeit eintritt [1]).

Die Forderungen müssen dem Gläubiger aus beiderseitigen Handelsgeschäften [2]) zustehen. Daher fallen alle die Forderungen fort, die im Privathaushalt eines Kaufmannes entstanden sind, z. B. für Möbellieferungen. Wir haben schon erörtert [3]), daß beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht keine Konnexität der Forderung vorzuliegen braucht, wie beim

1) B.G.B. § 271.
2) s. o. S. 9.
3) S. o. S. 3.

bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht. Da aber die Forderungen bei ersterem aus den beiderseitigen Handelsgeschäften zweier Kaufleute entstanden sein müssen, so kann man auch bei ihnen von einer gewissen Konnexität sprechen. Wennschon nicht dasselbe rechtliche Verhältnis vorliegt, so bilden doch Anspruch und Gegenanspruch eine wirtschaftliche Einheit.

Makower [4]) und v. Hahn [5]) legen auf die Beschaffenheit des Gegenstandes der Forderung keinen Wert; doch mit Unrecht. Denn obgleich es nicht ausdrücklich erfordert ist, daß die Forderung, wegen der zurückgehalten wird, eine Geldforderung ist, so muß man doch annehmen, daß sie in eine solche übergehen muß. Denn der Endzweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ist, wie beim Pfandrecht [6]), Befriedigung. Nicht nötig ist aber, daß die Forderung liquid ist.

Das Zurückbehaltungsrecht ist auch möglich wegen der Prozeßkosten, die aus einem Rechtsstreit herrühren, der über ein streitiges, sich aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft ergebenden Rechtsverhältnis geführt wurde.

## § 5.

### Besitz.

Der Begriff des Besitzes ist durch das B.G.B. gegeben [1]); die dort erlassenen Bestimmungen finden auch bezüglich dieser Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes Anwendung. Das B.G.B. unterscheidet zwischen unmittelbarem [2]) und mittelbarem [3]) Besitz, und versteht unter jenem die tatsächliche Ge-

4) S. 1108.
5) S. 173.
6) § 1228 Abs. 2 B.G.B.
1) § 854 B.G.B.
2) § 854 B.G.B.
3) § 868 B.G.B.

walt über eine Sache, unter diesem ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen jemand einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist.

Der unmittelbare Besitz muß ipso jure als genügend für die Ausübung des Retentionsrechtes angesehen werden, wie aber ist es mit dem mittelbaren Besitz?

Nach übereinstimmender Lehre ist auch dieser genügend und zwar deshalb, weil das B.G.B. keinen Unterschied bezüglich der Rechte macht, die sich an den unmittelbaren oder den mittelbaren Besitz knüpfen. Das geht auch weiter daraus hervor, daß § 369 H.G.B. ja ausdrücklich bestimmt: „sofern er sie noch im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann."

Wie durch ein derartiges Dispositionspapier Eigentum übertragen werden kann ohne Besitzübertragung, so kann durch die genannten Papiere auch mittelbarer Besitz erworben werden. Der Gläubiger ist also im Besitz der Sache, „insbesondere" hervorgeht; erschöpfend will es also zweifellos nicht sein. Die Innehaltung des Papiere allein genügt zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes. Es ist irrelevant, ob der Gläubiger jemals den unmittelbaren Besitz der Sache selbst gehabt hat und haben wird oder nicht.

Wichtig ist der eine Fall, in dem mittelbarer Besitz nicht genügt. Das ist dann, wenn der Schuldner den unmittelbaren Besitz der Sache hat. Denn hier hat der Schuldner die unmitelbare Verfügungsgewalt, während der mittelbar besitzende Gläubiger eben deshalb die Sache nicht zurückhalten kann. Der umgekehrte Fall aber dürfte der am häufigsten vorkommende sein: der Gläubiger ist unmittelbarer, der Schuldner mittelbarer Besitzer der Sache. In dem Augenblicke, in dem die Pflicht zur Herausgabe entsteht, hält der Gläubiger zurück, um seine Forderung gegebenenfalls zu schützen.

Es erübrigt sich, noch auf die beiden anderen der im B.G.B. gedachten Arten des Besitzes einzugehen: des Eigenbesitzes [4]) und der Besitzdienerschaft [5]).

Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörig besitzt, d. h. um über sie wie ein Eigentümer zu verfügen. Es liegt im Wesen des Zurückbehaltungsrechtes begründet, daß der Gläubiger die Pflicht zur Herausgabe an den Schuldner hat, daß er also nicht wie ein Eigentümer über sie verfügen darf. Er braucht seiner Herausgabeverpflichtung nur auf Zeit nicht zu genügen, nämlich so lange, bis er vom Schuldner Befriedigung erlangt hat.

Besitzdiener ist der, der im Erwerbsgeschäft oder Haushalt eines anderen, oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen zu folgen hat, die tatsächliche Gewalt über Sachen eines anderen ausübt. Besitzdiener ist beispielsweise der Markthelfer, der Kassenbote. Dieser erfüllt die Erfordernisse des Besitzes nicht, denn er übt die tatsächliche Gewalt nicht selbst aus, sondern ist von dem Willen und den Weisungen seines Geschäftsherren abhängig.

Wichtig ist die Frage, wann der Gläubiger Besitzer des Retentionsobjektes sein muß. Das Gesetz sagt: sofern er sie noch im Besitze hat.

Er muß sie also dann besitzen, wenn er sein Zurückbehaltungsrecht ausübt. Hat er den Besitz verloren, sei es freiwillig, sei es unfreiwillig, so erlischt das Recht zurückzubehalten. Es lebt jedoch wieder auf, sobald er wieder in den Besitz der Sache gelangt. Doch hat er keine rechtlichen Behelfe zur Seite, um den Besitz wieder zu erlangen. Eine Klage gegenüber dem Schuldner auf Wiederverschaffung des Besitzes auf Grund des Zurückbehaltungsrechtes hat er nicht, denn dieses ist kein dingliches Recht. Anders ist die Sachlage aber, wenn er den Besitz

4) § 872 B.G.B.
5) § 855 B.G.B.

verliert, nachdem er dem Schuldner erklärt hat, er mache von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch; dann geht das Zurückbehaltungsrecht nicht unter, den maßgebend ist der Besitz im Augenblick der Geltendmachung des Retentionsrechtes, was später mit der Sache geschieht, ist hinsichtlich des Besitzes des Gläubigers gleichgültig.

Der Besitz muß *mit Willen* des Schuldners erworben sein. Diese Bestimmung bezweckt den Schutz des Schuldners und schließt die Möglichkeit aus, daß der Gläubiger sich durch verbotene Eigenmacht[6]) in den Besitz der Sache setzt.

Gelangt der Gläubiger durch Dritte in den Besitz der Sache, so hängt die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes davon ab, ob der Schuldner der Besitzübertragung zugestimmt oder sie genehmigt hat. Thöl[7]) bestreitet mit Unrecht die von den meisten vertretene Ansicht, daß die Besitzübertragung durch Dritte genüge, wenn nur der Schuldner dieser zugestimmt hat. Er geht sogar so weit, daß er fordert, die Besitzübertragung müsse *im Namen* des Schuldners erfolgen.

In der Nürnberger Kommission wurde nicht nur der Wille, sondern auch das *Wissen* des Schuldners beim Besitzerwerb durch den Gläubiger gefordert. In der Folge jedoch wurden die Worte „mit Wissen" gestrichen[8]). Wäre diese Bestimmung in das Gesetz aufgenommen worden, so hätte die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes zur Voraussetzung gehabt, daß der Schuldner den Zeitpunkt des Besitzerwerbs erfuhr. Dadurch wäre aber bei den enorm verzweigten Beziehungen unserer Handelswelt das Zurückbehaltungsrecht zum größten Teile illusorisch geworden.

Nichtigkeit der Willenserklärung, Besitz auf den Gläubiger zu übertragen, vernichtet das Zurückbehaltungsrecht. Ist diese Erklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch

---

6) § 858 B.G.B.
7) S. 717.
8) Protokolle S. 1349.

Drohung hervorgerufen, oder hat sich der Schuldner bei Abgabe der Willenserklärung geirrt, so kann der Schuldner diese anfechten[9]) und die Anfechtung hat ex tunc[10]) Nichtigkeit zur Folge: das Zurückbehaltungsrecht ist dann ausgeschlossen. Die bloße Anfechtbarkeit aber hindert nicht seine Ausübung.

Wie der Wille erklärt wird, ob ausdrücklich oder stillschweigend (durch konkludente Handlung) ist gleichgültig, ebenso ob der Schuldner den Besitz auf einen bestimmten Gläubiger übertragen wollte oder ob er darein gewilligt hatte, daß dieser den Besitz an eine dritte Person weiter übertragen könne.

Allein maßgebend ist zunächst der Wille in dem Augenblick, in dem der Besitz vom Gläubiger erworben wird, doch wird man folgerichtig sagen müssen, daß dieser Wille auch noch als fortbestehend anzusehen ist bis zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes. Ändert aber der Schuldner in der Zeit, die zwischen dem Besitzerwerb und dem Augenblick der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes liegt, seinen Willen bezüglich des Besitzes, so kann das Zurückbehaltungsrecht nicht mehr ausgeübt werden.

Der Besitz muß ferner erlangt sein auf Grund eines Handelsgeschäftes. Es ist zu beachten, daß das Gesetz hier nicht sagt: „auf Grund eines beiderseitigen Handelsgeschäftes", während es doch am Eingange desselben Paragraphen von beiderseitigen Handelsgeschäften spricht. Hierdurch wird die Frage gelöst, ob das Handelsgeschäft, durch das der Besitz erlangt wurde, ein zweiseitiges sein muß, oder ob es hinreichend ist, wenn nur auf Seiten der einen Partei ein Handelsgeschäft vorliegt. Würde das Gesetz verlangen, daß der Besitz auch durch ein Handelsgeschäft auf Seiten des Gläubigers erlangt sei, so hätte es notwendigerweise auch hier die Fassung wählen müssen: „auf Grund von beiderseitigen Handelsgeschäften". So aber ist es klar, daß das Handelsgeschäft

9) §§ 119, 123 B.G.B.
10) § 142 B.G.B.

nur auf Seiten des Schuldners vorzuliegen braucht. Das Zurückbehaltungsrecht ist also beispielsweise schon dann gegeben, wenn ein Kaufmann einem anderen Waren zur Ansicht schickt in der Erwartung, dadurch ein Geschäft abzuschließen. Hier liegt natürlich nur auf Seiten des Zuschickenden ein Handelsgeschäft vor, bei dem anderen in der Annahme der Waren lediglich ein tatsächlicher Akt: die Besitzergreifung. Trotzdem kann dieser an den ihm zugeschickten Sachen sein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

## § 6.

### Eigentum.

Eine weitere Voraussetzung für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes ist die, daß die beweglichen Sachen oder Wertpapiere im Eigentum des Schuldners stehen müssen.

Wie Eigentum an beweglichen Sachen oder Wertpapieren erworben wird, bestimmt das B.G.B. in den §§ 929 ff., 947, 955 f., 958, die W.O. hinsichtlich der Orderpapiere in den Art. 11—13, 36 und 74 sowie H.G.B. §§ 363—365.

Ob es genügt, daß die Sachen der rechtlichen Verfügung unterliegen, ist bestritten. Endemann[1]) und Goldschmidt[2]) sprechen sich dafür aus. Ihre Ansicht findet unseres Erachtens aber im Gesetz keine Begründung und es erscheint unangängig, die Bestimmung bezüglich des Eigentums so weit auszulegen.

Dahingegen ist deutlich gesagt, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht möglich ist an Sachen, die im Eigentum dritter Personen stehen. Bedeutung gewinnt diese Bestimmung beispielsweise für die Spediteure und Frachtführer, denn diesen ist dadurch ein Zurückbehaltungsrecht an Sachen, die ihnen vom Verkäufer übergeben sind, damit er sie an den Käufer weiter befördere, wegen Forderungen, die ihm gegen den Verkäufer

---

1) S. 103.
2) S. 1935.

zustehen, unmöglich gemacht, vorausgesetzt, daß sie schon Eigentum des Käufers geworden sind, z. B. durch Erwerb eines Dispositionspapieres.

Der Gläubiger eines Mannes, der mit seiner Ehefrau im gesetzlichen Güterrecht [3]) lebt, kann an dem eingebrachten Gut wegen Forderungen, die er gegen den Ehemann persönlich hat, kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Gehört aber die Sache, die er retinieren will, zum Gesamtgute der Eheleute [4]), so kann der Gläubiger wegen der Schulden des Mannes sein Zurückbehaltungsrecht ausüben. Der Privatgläubiger eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft kann Gegenstände, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, nicht retinieren.

Das Erfordernis des Gesetzes, daß der Schuldner Eigentümer sein muß, ist so absolut, daß das Zurückbehaltungsrecht auch dann nicht Platz greifen kann, wenn der Gläubiger gutgläubig annahm, die Sache gehöre seinem Schuldner eigentümlich. Es nützt ihm nichts, wenn er auch nachweist, daß sein guter Glaube auf einem Irrtum beruhte oder daß ihn der Schuldner mit der Angabe, er sei Eigentümer, arglistig getäuscht habe. Er kann den Schutz der §§ 932 ff. B.G.B. in Verbindung mit § 366 H.G.B. nicht in Anspruch nehmen. Der alte deutschrechtliche Grundsatz des Eigentumserwerbs von einem Nichteigentümer (Hand wahre Hand), der in diesen Paragraphen seine moderne Regelung gefunden hat, kann zwar auf das Pfandrecht und den Nießbrauch, aber nicht auf das Zurückbehaltungsrecht angewendet werden. Er hat eben nur für die dinglichen Rechte, Eigentum, Pfandrecht, Nießbrauch Bedeutung. Wenn man auch sagen kann, das Zurückbehaltungsrecht sei ein pfandartiges Institut [5]), so bleibt es doch immerhin ein obligatorisches Recht und der Grundsatz „Hand wahre Hand" kann auch nicht per analogiam darauf ausgedehnt werden.

---

3) B.G.B. §§ 1363 ff.
4) B.G.B. § 1438.
5) Staub II, S. 1389.

Eine Ausnahme von der Regel bildet Satz 2 des § 369, der besagt, daß das Zurückbehaltungsrecht auch an Sachen, die im Eigentum des Gläubigers stehen, gegeben ist. Jedoch darf dies nur ein vorübergehender Zustand sein und der Gläubiger muß die Pflicht haben, das Eigentum, das er vom Schuldner selbst oder von einem Dritten für diesen erworben hat, auf den Schuldner zurück zu übertragen. Ein beim Handelskauf außerordentlich häufig vorkommender Fall. Jeder Kaufmann kann an den Waren, die ihm der Schuldner geliefert hat und die er ihm wegen eines Mangels zur Verfügung gestellt hat, sein Zurückbehaltungsrecht wirken lassen. Er ist hier verpflichtet, ihm die Waren wieder zurückzusenden. Die „Denkschrift“ [6]) hebt diesen Fall besonders hervor.

Der Schuldner muß Eigentümer sein zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes. Ein späterer Wechsel des Eigentums ist irrelevant. § 369 Abs. 2 spricht dies aus. Jedem späteren Eigentümer kann der Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die ihm zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes gegen den Rechtsvorgänger im Eigentum, dem Schuldner vielleicht erst in letzter Linie — wenn nämlich ein mehrfacher Wechsel stattgefunden hat — zustanden.

## § 7.

### Unzulässigkeit der Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes.

Mit Vorstehendem haben wir die Voraussetzungen, unter denen das Zurückbehaltungsrecht entstehen kann, erschöpft. Treffen sie alle zusammen, so kann es geltend gemacht werden. Im Folgenden wollen wie noch erörtern, wie trotz des Vorliegens aller Voraussetzungen das Zurückbehaltungsrecht doch nicht ausgeübt werden kann. Das sagt uns § 369 Abs. 3. Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes einer von dem Schuldner vor oder bei-

6) S. 366.

der Übergabe erteilten Anweisung oder einer vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstand zu verfahren, widerstreitet. Staub[7]) nennt diese Bestimmung die negativen Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes. Es ist an und für sich gegeben, es darf nur nicht ausgeübt werden.

Durch diese Bestimmung ist das Zurückbehaltungsrecht zwar eines großen Teiles seiner praktischen Verwendbarkeit verlustig gegangen, denn nur in den seltensten Fällen wird ein Kaufmann im Handelsverkehr ohne Anweisung gelassen, wie er mit dem ihm übergebenen Gegenstand verfahren soll, doch ist dadurch auch der Schuldner — sehr berechtigtermaßen — geschützt. Das Fehlen dieser Vorschrift würde unseres Erachtens Unsicherheit und Mißtrauen in den Geschäftsverkehr der Kaufleute bringen. Dann wäre das Zurückbehaltungsrecht eine treffliche Waffe, um einen anderen in seinem Erwerbsleben zu schädigen: ein Kaufmann macht plötzlich das Zurückbehaltungsrecht geltend, obwohl der andere, der Schuldner, schon anderweit und zwar vorteilhaft über die im Besitz des Retinenten befindliche Ware disponiert hat. Ein derartiges Vorgehen würde an sich unter Umständen schon dem Grundsatz von Treu und Glauben widerstreiten, jedoch ist die ausdrückliche Hervorhebung nicht ohne Absicht geschehen. Man muß sich aber andererseits auch wieder hüten, die Begriffe „erteilte Anweisung und übernommene Verpflichtung" zu weit auszulegen.

Cosack[8]) geht hierin entschieden zu weit, wenn er bei der Auslegung des Abs. 3 sagt, daß z. B. eine stillschweigend übernommene Zusage, die Sache herauszugeben, schon darin liege, wenn der Gläubiger die Sache zur Ausbesserung übernommen habe oder wenn er Sachen des Schuldners in Verwahrung genommen habe. Das Zurückbehaltungsrecht bedeutet ja eben

7) Bd. II, S. 1399.
8) Lehrbuch, S. 130.

das Recht, eine Sache zurückzubehalten, obwohl man an und für sich zur Herausgabe derselben verpflichtet ist. Daß aber schon die stillschweigend übernommene Verpflichtung zur Zurückgabe des Gegenstandes das Zurückbehaltungsrecht auf Grund von § 369 Abs. 3 ausschließe, dazu liegt nicht die geringste Veranlassung vor. Man muß im Gegenteil sagen, die bei der Übergabe erteilte Anweisung muß ausdrücklich erfolgen und die Verpflichtung, in bestimmter Weise zu verfahren, muß ausdrücklich übernommen werden.

Das Gesetz unterscheidet 2 Fälle: die vor oder bei der Übergabe erteilte Anweisung und die vom Gläubiger übernommene Verpflichtung. Jene ist eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung, diese ein Vertrag.

Nimmt der Gläubiger den Gegenstand des Schuldners, der ihm die Anweisung erteilt, an, so kann er nicht mehr retinieren, sei es nun, daß er sich mit ihr expressis verbis oder stillschweigend einverstanden erklärt, sei es, daß er ihr ausdrücklich widerspricht: die Anweisung ist erteilt. Sie muß vor oder spätestens bei der Besitzübertragung erfolgen. Eine spätere Anweisung schließt das Zurückbehaltungsrecht nicht mehr aus. Doch ist auch hier ein Fall denkbar, daß die Anweisung später erfolgen kann und zwar dann, wenn die Forderung zur Zeit der Besitzerlangung noch nicht fällig war, oder eine andere Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes nicht vorlag. Denn wenn nicht sämtliche Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes vorliegen, kann der Gläubiger die Herausgabe der Sache nicht verweigern. Widersetzt er sich trotzdem dem Herausgabeanspruch des Schuldners, so besitzt er die Sachen nicht mehr mit dem Willen des Schuldners und dieser kann mit Erfolg auf Herausgabe klagen.

Anders liegt der Fall bei der übernommenen Verpflichtung. Wir sagten schon oben, daß hierin ein Vetrag zu erblicken sei. Es liegt also im Ermessen der Parteien, ins-

besondere des Gläubigers, ob er die Verpflichtung auch nach der Besitzerlangung noch übernehmen will. Der Zeitpunkt der Besitzerlangung kommt hierbei also gar nicht in Frage.

## § 8.

### Das Notzurückbehaltungsrecht.

Unsere bisher gegebene Darstellung hatte zur Voraussetzung, daß sich der Schuldner in normaler Vermögenslage befand. Wir haben dabei gesehen, daß eine Fülle von Voraussetzungen vorliegen muß, um es zur Entstehung zu bringen und seine Anwendung möglich zu machen. Ganz wesentliche Erleichterungen aber bietet das Gesetz, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners verschlechtern und die Forderungen unsicher werden. Mit gutem Grunde macht das Gesetz diese Unterschiede. Denn solange die Geschäftsverbindungen zweier Kaufleute fundiert sind, solange gegenseitiges Vertrauen in die Solvenz gesetzt wird, wird ein Kaufmann nur ausnahmsweise von dem hier in Frage stehenden Recht Gebrauch machen; denn es ist doch stets ein Zeichen von Mißtrauen, wenn man zu derartigen Repressalien greift und dies wird meistens eine Lockerung, wenn nicht gar Lösung der angeknüpften Geschäftsbeziehungen herbeiführen. Und kein Kaufmann verscherzt sich ohne zwingende Gründe einen Kunden. Anders aber, wenn die Tatsache einer Insolvenz des Gegners hervortritt. Da sieht der Kaufmann nicht so sehr auf Fortdauer der Kundschaft, als vielmehr auf Sicherung seiner Forderungen und hierin kommt ihm das Gesetz mit den erleichternden, vereinfachten Bestimmungen des § 370 H.G.B. entgegen.

Deren wichtigste ist, daß die Forderung, wegen der retiniert werden soll, nicht fällig zu sein braucht. Außerdem wird das Zurückbehaltungsrecht nicht dadurch unmöglich gemacht, daß eine Anweisung erteilt oder eine Verpflichtung bezüglich der Sache übernommen worden ist[1]).

---

1) s. o. § 7.

Der 2. Nürnberger Entwurf wollte das sogenannte Notzurückbehaltungsrecht schon dann geben, wenn der Schuldner „unsicher" geworden war. Doch konnte man sich der Einsicht nicht verschließen, daß man einen Schuldner durch die sehr dehnbare Bestimmung „unsicher" einem besonders vorsichtigen, „nervösen" Gläubiger erbarmungslos ans Messer lieferte. Deshalb entschloß man sich, ganz bestimmte, unzweideutige Tatsachen als Unterlagen für das Notzurückbehaltungsrecht zu schaffen und gewährte es in drei Fällen:

1. bei der Zahlungseinstellung,
2. bei der Konkurseröffnung,
3. bei der erfolglos versuchten Pfändung.

1. Die Zahlungseinstellung

ist die erkennbar gewordene Tatsache der Nichterfüllung fälliger Geldschulden aus nicht nur vorübergehendem Mangel an Zahlungsmitteln. Ist also einem Gläubiger die Tatsache erkennbar geworden, daß sein Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllt, so kann er seinerseits wegen seiner noch nicht fälligen Forderung retinieren, ohne daß der Schuldner ihm einwenden könnte, daß er ihm seine Schuld bei Fälligkeit sofort bezahlen werde. Allerdings erlischt das Notzurückbehaltungsrecht, wenn sich der Schuldner rangiert hat und seine Verbindlichkeiten wieder erfüllt.

2. Die Konkurseröffnung.

Das Konkursverfahren über das Vermögen eines Kaufmannes muß eröffnet worden sein. Das will sagen, daß das Gericht die Konkurseröffnung beschlossen hat, gleichgültig ob im Inlande oder Auslande. Es genügt aber nicht, wenn der Konkurs nur zu erwarten steht. Allerdings ist das mehr eine theoretische Frage: in praxi dürfte wohl in den meisten Fällen vorm Konkurs bereits die Zahlungseinstellung erfolgt sein, so daß der Gläubiger auch schon vor der Konkurseröffnung sein Notzurückberhaltungsrecht geltend machen kann.

Dem Beschluß auf Konkurseröffnung ist gleichzustellen der Beschluß auf Wiedereröffnung des Konkurses [1]), der dann ergeht, wenn der Gemeinschuldner wegen betrügerischen Bankerotts [2]) rechtskräftig verurteilt und das erste Konkursverfahren durch Zwangsvergleich [3]) beendet ist. Wird das Konkursverfahren eingestellt [4]), so hindert das die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nicht, denn das Gesetz verlangt nur, daß das Konkursverfahren eröffnet ist.

### 3. Die erfolglos versuchte Zwangsvollstreckung.

Mit Recht wird man im Hinblick auf unser Rechtsinstitut wohl sagen dürfen, daß eine Zwangsvollstreckung auch dann als erfolglos versucht anzusehen ist, wenn sie nur teilweise zur Befriedigung des Gläubigers geführt hat. Hierbei ist es natürlich gleichgültig, wer der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger war, ob es der Retinent war oder ein Dritter. Es genügt schon, wenn der Gläubiger erfährt, daß ein Dritter durch die Zwangsvollstreckung nicht voll befriedigt worden ist, denn dann ist ja auch seine Forderung gefährdet und er muß sich zu schützen suchen.

Die Vorschrift, daß die erfolglose Zwangsvollstreckung eine Voraussetzung für das Notzurückbehaltungsrecht bildet, ist für den Schuldner sehr hart, denn das Gesetz gibt keine Zeitgrenze an, innerhalb deren sie als Voraussetzung des Notzurückbehaltungsrechtes anzusehen ist. Ein besonders vorsichtiger Gläubiger könnte also jahrelang dem Schuldner vorhalten, daß er ja einmal vergeblich gepfändet worden sei und dies immer wieder als Grund anführen, auch ohne fällige Forderung, Sachen zurückzubehalten.

---

1) K.O. § 198.
2) K.O. § 239 f.
3) K.O. § 173 f.
4) K.O. § 202 ff.

Deshalb vertritt Düringer-Hachenburg[5]) mit Recht die Ansicht, daß dem Schuldner die Möglichkeit geboten werden soll, seine wiedererlangte Zahlungsfähigkeit zu beweisen.

Zu beachten ist für alle drei Fälle, daß der Gläubiger das Notzurückbehaltungsrecht nur dann ausüben kann, wenn ihm eine der Voraussetzungen erst nach der Besitzerlangung, nach der erteilten Anweisung oder nach der Übernahme einer Verpflichtung bekannt geworden ist. Kannte er jedoch zu diesem Zeitpunkte bereits die finanziellen Schwierigkeiten seines Schuldners, so muß er diese Kenntnis gegen sich gelten lassen. In diesem Falle darf er also das Notzurückbehaltungsrecht nicht ausüben.

Es sei schließlich noch darauf hingewiesen, daß nur die drei behandelten Fälle die Voraussetzungen des außerordentlichen Zurückbehaltungsrechtes bilden. Es können wohl noch andere Umstände das Notzurückbehaltungsrecht wünschenswert erscheinen lassen, jedoch hat das Gesetz diese Materie erschöpfend geregelt. Seine Vorschrift kann nicht extensiv interpretiert werden.

---

II. Teil.

# Die Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes.

## § 9.

### Das Recht des Gläubigers, zurückzuhalten.

Das Zurückbehaltungsrecht ist in erster Linie ein Mittel zur Sicherung einer Forderung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner. Sein Name sagt schon, wie er dies erreicht: er hält die Sache zurück, obwohl er an und für sich gehalten ist, sie herauszugeben. Er bleibt Besitzer, übernimmt aber auch

---

5) S. 507.

damit alle Rechte und Pflichten, die der Besitz nach bürgerlichem Rechte mit sich bringt. So kann er vom Schuldner Erstattung der notwendigen Aufwendungen verlangen [1]), die er als Besitzer der Sache zu machen hatte. War er beispielsweise gezwungen, die zurückgehaltene Sache einem anderen zur Aufbewahrung zu übergeben — wir haben gesehen [2]), daß er das ohne Einfluß auf das Zurückbehaltungsrecht tun kann, denn mittelbarer Besitz genügt — so ist der Schuldner verpflichtet, die durch die Verwahrung entstandenen Kosten zu tragen. Macht der Gläubiger nicht notwendige Aufwendungen auf das Retentionsobjekt und wird dadurch sein Wert erhöht, so muß der Schuldner auch diese Kosten [3]) bezahlen.

Es sei an dieser Stelle erwähnt, daß die Frage, ob der Gläubiger auch wegen der Aufwendungen, die sich als Nebenforderungen darstellen (Vertragsstrafen, Prozeßkosten, Zwangsvollstreckungskosten), das Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann, nicht unbestritten ist. Doch ist sie mit Staub [4]) zu bejahen, der zu seiner Auffassung durch Vergleichung mit dem Pfandrecht kommt.

Welche Verpflichtungen ergeben sich nun aus dem Besitz der Sache?

Er hat für ihn mit der Pflicht eines ordentlichen Kaufmannes einzustehen [5]), für die Sache so zu sorgen, wie er es als ordentlicher Kaufmann für seine eigenen tut. Er haftet also nicht für zufällige Verschlechterung oder zufälligen Untergang. Geht ja dadurch auch seine Sicherung verloren! Wohl aber entsteht für ihn eine Haftung, wenn Untergang oder Wertsminderung der Sache auf ein Verschulden zurückzuführen ist, gleichgültig, ob der Gläubiger selbst oder ein Angestellter schuldhaft handelt, denn er hat das Verschulden der Personen,

1) § 994 B.G.B.
2) s. o. S. 15.
3) § 996 B.G.B.
4) Bd. II S. 1402.
5) H.G.B. § 347.

deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden [6]). Dem Schuldner erwächst aus dem ihm durch den Gläubiger verursachten Schaden ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung. Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn [7]).

Zu den Pflichten eines ordentlichen Kaufmannes gehört es, daß er die Früchte einer Sache zieht, die ihm gehört. Mithin muß er auch die Früchte des Retentionsobjektes ziehen. Hat er also Wertpapiere zurückgehalten, so muß er die Kupons und Talons einlösen; ist ein Wechsel retiniert, so hat er dafür zu sorgen, daß er richtig und rechtzeitig protestiert wird. Selbstverständlich gebührt ihm dann auch der Besitz der Früchte; er muß sie aber andererseits dem Schuldner mit der Sache selbst bei Beendigung des Zurückbehaltungsrechtes herausgeben. Der Gläubiger kann seine Haftung, die ihn für seine Sorgfalt als ordentlichen Kaufmann trifft, auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken, wenn er nach Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes dem Schuldner die Rückgabe des Gegenstandes anbietet, dieser auch zur Annahme bereit ist, aber die Gegenleistung verweigert [8]).

Wie schon betont, ist das Zurückbehaltungsrecht primär ein Sicherungsmittel. Diesem Prinzipe würde es widerstreiten, wenn es auf Sachen ausgedehnt würde, die dem Gläubiger mehr als genügende Sicherheit bieten. Es ist also unzulässig, wegen einer Forderung eine Sache zurückzubehalten, die etwa den doppelten Wert hat.

Vorausgesetzt ist dabei allerdings, daß die Sache teilbar ist. Stößt der Schuldner während der Geltung des Zurückbehaltungsrechtes einen Teil seiner Schuld ab — der Gläubiger muß hiermit einverstanden sein [9]) — so wird die Sache

6) § 278 B.G.B.
7) § 252 B.G.B.
8) §§ 298, 300 B.G.B.
9) § 266 B.G.B.

insoweit frei, und der Gläubiger muß einen Teil der zurückbehaltenen Sache, Teilbarkeit wiederum vorausgesetzt, herausgeben.

Wie sich der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung verschafft, werden wir später sehen, keinesfalls aber ist es angängig, daß er außer dem Zurückbehaltungsrecht noch andere Vollstreckungsmaßregeln ergreift. Einem dahingehenden Antrage würde das Gericht stattgeben, denn es hat nicht von Amtswegen zu prüfen, ob der Gläubiger auf andere Weise Befriedigung erlangen kann. Jedoch kann[10]) der Schuldner vor dem Vollstreckungsgericht der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen mit der Wirkung, daß die Zwangsvollstreckung eingestellt wird. Die angezogene Bestimmung lautet: Hat der Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners im Besitz, *in Ansehung* deren ihm ein Zurückbehaltungsrecht zusteht usw. Diese Fassung läßt auch die Deutung dahin zu, daß das Zurückbehaltungsrecht noch nicht einmal geltend gemacht zu sein braucht, sondern daß nur alle Voraussetzungen dafür vorliegen müssen, um die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners unmöglich zu machen. Das kann jedoch nicht der Wille des Gesetzes sein, denn der Gläubiger *braucht* ja das Recht nicht auszuüben und der Schuldner kann das nicht *verlangen*. Man wird also wohl sagen müssen, daß das Zurückbehaltungsrecht bereits geltend gemacht sein muß, ehe der Schuldner der Zwangsvollstreckung in sein anderes Vermögen widersprechen kann.

Der Unterschied zwischen bürgerlichem und kaufmännischem Zurückbehaltungsrecht in seiner prozessualen Wirkung sei auch an dieser Stelle[11]) nochmals hervorgehoben. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht gibt im Prozeß eine dilatorische, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht eine peremptorische Ein-

10) § 777 C.P.O.
11) s. o. § 1.

rede, und das Vorbringen derselben hat demnach im ersteren Falle die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, in letzterem Falle die Abweisung der Klage zur Folge.

## § 10.

### Sicherheitsleistung.

Eine für den Schuldner sehr wichtige Bestimmung enthält der letzte Absatz des § 369: Er kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung abwenden, und kann den Gläubiger dazu zwingen, diese anzunehmen, um die retinierte Sache dadurch herauszubekommen. Der Fall wird häufig im Erwerbsleben vorkommen, daß der Schuldner in eine momentane Zahlungsschwierigkeit aus Mangel an Zahlungsmitteln geraten ist, jedoch noch Vermögenswerte besitzt, die nicht sofort realisierbar sind, z. B. Hypothekenbriefe, gesperrte Schuldverschreibungen auf den Inhaber usw., die alle zu Gelde gemacht werden können, wenn gewisse Bedingungen erfüllt sind. Diese bieten natürlich in der Hand des Gläubigers dieselbe Sicherheit für seine fällige Forderung wie die Sache selbst und es würde Schikane von ihm sein, wollte er sie nicht annehmen. Er würde sich sogar Schadensersatzansprüchen des Schuldners aussetzen.

Wie Sicherheit zu leisten ist, bestimmt das B.G.B.[1]). Das H.G.B. statuiert jedoch eine Ausnahme: die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Personalsicherung niemals den Wert hat wie eine Realsicherung. Wenn ich einen Gegenstand in den Händen habe, den ich kenne, über den ich gegebenenfalls frei verfügen kann, so bietet der mir eine größere Sicherheit, als das schriftliche Versprechen eines Menschen, für die Schuld meines Vertragsgegners einzustehen. Denn dieser ist Verlusten und Schwierigkeiten genau so ausgesetzt wie der

1) § 232 ff.

Schuldner selbst, ganz abgesehen davon, daß ich auch noch mit der Arglist und dem Übelwollen eines Menschen zu rechnen habe, der mir als sicher hingestellt worden ist. Aus diesem Grunde soll der Schuldner nicht berechtigt sein, das Sicherungs- und Befriedigungsrecht seines Gläubigers durch Stellung eines Bürgen aufs Spiel zu setzen. Die darzubietende Sicherheit richtet sich nach der Höhe der Forderung, nicht nach dem Werte der retinierten Sache aus Gründen, die wir oben [2]) gesehen haben. Ist die zurückbehaltene Sache also geringer als die Forderung, so kommt es dem Gläubiger zugute, wenn der Schuldner Sicherheit leistet, denn er tauscht das Retentionsobjekt gegen eine Sicherheit ein, die dem Werte der Forderung entsprechen muß.

Hat die Sicherheitsleistung stattgefunden, so ist der Gläubiger verpflichtet, die retinierte Sache herauszugeben: das obligatorische Zurückbehaltungsrecht ist untergegangen und an seine Stelle ein dingliches Recht, das Pfandrecht [3]) getreten.

## § 11.

### Das Recht des Gläubigers, sich zu befriedigen.

Wenn wir im Vorhergehenden gesagt haben, das Zurückbehaltungsrecht sei ein Sicherungsmittel, so haben wir seinen Inhalt nicht erschöpft. Der Endzweck desselben ist nicht Sicherung, sondern Befriedigung des Gläubigers. Jedoch hat der Schuldner keinen Anspruch darauf, daß sich der Gläubiger aus der zurückbehaltenen Sache befriedige. Er kann ihn nicht darauf verklagen, er hat nur das Recht einer anderweiten Zwangsvollstreckung in sein Vermögen zu widersprechen.

Die §§ 371 und 372 H.G.B. schreiben die Art vor, wie die Befriedigung aus dem Objekt erfolgt. Das weitaus am häufigsten angewendete Mittel ist der Verkauf der zurück-

2) s. o. S. 30.
3) § 233 B.G.B.

gehaltenen Sache. Dem Gläubiger stehen aber hierzu zwei Wege offen.

1. Er klagt auf Zahlung der geschuldeten Summe, erlangt einen Schuldtitel und betreibt auf Grund desselben die Zwangsvollstreckung in die retinierte Sache. Einer Abart dieses Weges sei noch kurz gedacht. Der Vollstreckungstitel braucht nicht im Wege der Klage erlangt zu sein: eine ihm vom Schuldner gemäß § 794 Nr. 5 C.P.O. ausgestellte Urkunde oder ein im Mahnverfahren erwirkter Titel [1]) steht dem im Klagewege erlangten Vollstreckungstitel gleich. Ist die zurückbehaltene Sache gepfändet, so erfolgt der Verkauf gemäß den Bestimmungen der C.P.O.

2. Der andere Weg ist der des Pfandverkaufs. Hierbei tritt der Unterschied zwischen dem Pfandrecht und dem Zurückbehaltungsrecht deutlich hervor. Der Pfandgläubiger kann sofort bei Fälligkeit — allerdings unter Beobachtung des § 1234 B.G.B. — zur Versteigerung des Pfandobjektes vorschreiten, der Retinent bedarf hierzu erst eines vollstreckbaren Titels dahingehend, daß er ein Recht auf Befriedigung habe. Diesen kann er natürlich nur im Wege der Klage, allenfalls noch im Wege des Sühneverfahrens [2]) erlangen.

Man ist darüber geteilter Meinung, ob eine Klage auf Gestattung der Befriedigung eine Leistungsklage oder eine Feststellungsklage sei. Wir sind entschieden der Ansicht, daß in ihr eine Leistungsklage zu erblicken ist. Wenn schon zugegeben werden mag, daß die Voraussetzungen der Feststellungsklage [3]) vorliegen, daß auch der Tenor des Urteils unter Umständen dem eines Feststellungsurteils ähnlich ist, so geht doch der Klageanspruch dahin, daß dem Gläubiger gestattet wird, sich zu befriedigen; das Urteil ersetzt eine Willenserklärung des Gegners.

---

1) § 794 Nr. 5, C.P.O.
2) §§ 510, 794 Ziff. 2, C.P.O.
3) § 256 C.P.O.

Kläger in einem solchen Prozesse ist stets der Gläubiger, Beklagter hingegen der Eigentümer als solcher oder im Falle des § 369 Abs. 1 Satz 2 [4]) der Schuldner. Hat nach der Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes, aber vor der Klageerhebung ein Wechsel im Eigentum stattgefunden, so gilt demnach der Schuldner passivlegitimiert, wenn dem Gläubiger nicht nachgewiesen wird, daß er von dem Eigentumswechsel Kenntnis gehabt hat. Das im Prozeß erwirkte Urteil hat dingliche Wirkung; jeder Dritte, der nach dem Besitzerwerbe des Gläubigers das Eigentum an der retinierten Sache erworben hat, muß es gegen sich gelten lassen, wiederum unter der Voraussetzung, daß dem Gläubiger nicht nachgewiesen ist, daß er bei Eintritt der Rechtshängigkeit gewußt hat, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer war. Es sei ausdrücklich betont, daß dem Gläubiger wirkliches Wissen nachgewiesen werden muß, es genügt nicht der Beweis, daß er es *hätte* wissen müssen, daß ihn ein Mangel an Sorgfalt treffe.

Wird der Schuldner nach streitiger Verhandlung verurteilt, die Befriedigung zu gestatten, so treffen ihn die Kosten des Rechtsstreites. Erkennt er jedoch den Anspruch des retinierenden Gläubigers an, so hat letzterer die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, denn der Beklagte hat ihm ja keine Veranlassung zur Klage gegeben [5]). Im internen Verhältnis Gläubiger-Schuldner ist aber der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner Erstattung der Kosten zu verlangen, denn sie waren notwendige Aufwendungen, die er in Ansehung seines Zurückbehaltungsrechtes machen mußte. Ohne Klage hätte er ja keinen Schuldtitel erlangt. Weigert sich der Schuldner zu zahlen, so erstreckt sich auch auf diese Forderung das Zurückbehaltungsrecht. Ebenso ist es, wenn der Gläubiger die Klage gegen einen Dritten anstrengen mußte. Liegt für diesen die Voraussetzung des § 93 C.P.O. vor, so hat der obsiegende

4) s. o. S. 21.
5) § 91 C.P.O.

Gläubiger die Kostenpflicht. Der Fiskus hält sich an ihn; de facto aber bezahlt die Kosten der Schuldner, der am Prozesse nicht einmal beteiligt war.

Mit Recht weist Planitz darauf hin, daß der Kläger nur für die Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes beweispflichtig ist, nicht für die Fortdauer desselben.

Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit der Klage auf Befriedigungsgestattung hat das Gesetz dem Gläubiger eine Erleichterung geschaffen. Der Beklagte hat hier dem Kläger zu folgen. Das Gericht des Wohnsitzes oder der Niederlassung des Gläubigers ist zuständig. Am zweckmäßigsten wird er das Gericht wählen, in dessen Bezirk sich die retinierte Sache befindet, da dieses ja auch Vollstreckungsgericht wird. Einen ausschließlichen Gerichtsstand statuiert das Gesetz übrigens nicht, sondern überläßt es dem Gläubiger, ob er etwa auch am Gericht des Wohnsitzes des Eigentümers klagen will.

Verkauft der Gläubiger die Sache, ohne einen Vollstreckungstitel zu haben, so ist der Verkauf „nicht rechtmäßig [6]), d. h.: entstehen dem Schuldner durch den Verkauf Nachteile, so ist der Gläubiger zum Schadenersatz verpflichtet, denn er hat schuldhaft gehandelt.

Hat der Gläubiger den Vollstreckungstitel erlangt, so kann er den Verkauf der Sache unter Berücksichtigung der für den Pfandverkauf [7]) gegebenen Vorschriften durchsetzen. Hierzu gehört zunächst, daß er den Schuldner von dem bevorstehenden Verkauf benachrichtigt. Und zwar hat er dabei eine bestimmte Frist zu wahren. Das B.G.B. bestimmt, daß zwischen der Androhung des Verkaufs und diesem selbst die Zeit von mindestens einem Monat zu liegen hat. Da aber der pfandmäßige Verkauf einer retinierten Sache durch die Erlangung des Schuldtitels schon längere Zeit hinausgeschoben ist, hat das Gesetz, um die Befriedigung des Retinenten nicht allzu lange

6) § 371 Abs. 2.
7) §§ 1228 ff. B.G.B.

zu verzögern, die Frist auf eine Woche herabgesetzt. Die Androhung, die übrigens unter Bezeichnung der Höhe der Forderung, für die Befriedigung gesucht wird, erfolgen muß, darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist, z. B. wenn es bekannt ist, daß sich der Schuldner ins Ausland begeben hat, oder wenn sein Aufenthaltsort unbekannt und dessen Ermittelung nur mit erheblichen Kosten verbunden ist.

Die Art des Verkaufs bestimmt das B.G.B. [8]). Hat die Sache keinen Börsen- oder Marktpreis oder ist sie ein Inhaberpapier, so wird sie durch den Gerichtsvollzieher oder durch einen zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder durch einen öffentlich angestellten Versteigerer [9]) öffentlich versteigert, nachdem Ort und Zeit öffentlich bekanntgegeben und der Eigentümer sowie der Dritte, denen ein Recht an dem Pfande zusteht, besonders benachrichtigt worden sind [10]).

Sachen mit Börsen- oder Marktpreisen kann der Gläubiger auch selbst freihändig verkaufen oder er kann einen Handelsmäkler oder einen öffentlich angestellten Versteigerer, z. B. einen Lokalrichter, mit dem Verkauf beauftragen [11]).

Inhaberpapiere und Orderpapiere kann der Gläubiger außerdem noch einziehen und kündigen, falls eine Kündigung noch erforderlich ist [12]).

Ist das retinierte Objekt aber keins der eben angeführten Arten, so kann die Befriedigung nur im Wege der Zwangsvollstreckung, wie sie die C.P.O. vorschreibt, erfolgen.

Wird bei der Versteigerung oder dem freihändigen Verkauf ein Mehrerlös erzielt, als die Forderung einschließlich der Nebenforderungen beträgt, so ist der Gläubiger verpflichtet, diesen an den Schuldner herauszugeben.

---

8) § 1235 B.G.B.
9) § 1293 B.G.B.
10) § 393 Abs. 2, B.G.B.
11) § 1235 B.G.B.
12) § 1294 B.G.B.

## § 12.

### Wirkung gegen Dritte und im Konkurs.

Das Zurückbehaltungsrecht ist kein dingliches Recht, wenn schon man sagen muß, daß es gewisse dingliche Wirkungen hat. Deshalb versagt es im allgemeinen auch, wenn ein Dritter ein dingliches Recht am Retentionsobjekt geltend macht. Staub [1]) betonte früher allerdings energisch die dingliche Natur des Zurückbehaltungsrechtes, indem er sagte, daß daraus, daß die obligatorische Natur durch das Gesetz nicht ausgesprochen sei, die Möglichkeit vorliege, es auch nach dem neuen Handelsgesetzbuche so zu beurteilen, wie man es nach dem alten getan habe und in diesem habe man sich für die Dinglichkeit entschieden. Diese Ansicht erscheint ihm aber doch zu weitgehend gewesen zu sein, denn er hat seine Ansicht jetzt geändert [2]) und spricht ihm dingliche Wirkungen ab. Unseres Erachtens geht aus dem Gesetz auch ganz klar hervor, daß das Zurückbehaltungsrecht nach dem neuen H.G.B. der Dinglichkeit entbehrt, denn es hebt in § 369 Abs. 2 ausdrücklich hervor, daß es nicht gegen jeden Dritten, sondern nur gegen *den* Dritten wirkt, der bei bestehendem Zurückbehaltungsrecht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ein Recht an der Sache erworben hat. Hat ein Dritter nach Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes ein Recht an der Sache originär erworben, so hat der Gläubiger nach § 371 Abs. 1 Satz 2 in Ansehung der Befriedigung den Vorrang. Wird die Sache also versilbert, so steht der Erlös an erster Stelle dem Gläubiger zu; erst wenn er befriedigt ist, können sich die übrigen Berechtigten an den Erlös halten. Nicht so, wenn ein Pfandrecht an dem Retentionsobjekt besteht oder später als das Zurückbehaltungsrecht entstanden ist. Jedes gesetzliche Pfandrecht geht dem Zurückbehaltungsrecht vor.

---

1) Bd. II, S. 1214, 6. u. 7. Aufl.
2) Bd. II, S. 1399.

Das H.G.B. regelt nicht die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes, die es im Konkurs über das Vermögen des Schuldners zeigt. Hier finden lediglich die Bestimmungen der Konkursordnung [3]) Anwendung und diese setzt den Retentionsgläubiger dem Pfandgläubiger gleich unter der Voraussetzung, daß das Zurückbehaltungsrecht vor der Konkurseröffnung entstanden ist [4]). Nach der Konkurseröffnung können Zurückbehaltungsrechte in Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände nicht mehr entstehen. Gelangt also ein Gläubiger nach der Konkurseröffnung in den Besitz einer Sache, die der Schuldner zu einer Zeit an ihn abgesandt hatte, wo er noch nicht Kridar war, so kann er diese Sachen nicht zurückbehalten. Ficht der Konkursverwalter das Zurückbehaltungsrecht mit der Begründung an, daß der Gläubiger die Sache innerhalb der letzten 10 Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens erlangt hat, so hat der Gläubiger zu beweisen, daß er zur Zeit der Besitzerlangung und damit zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes (nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag) keine Kenntnis von der Absicht des Gemeinschuldners gehabt hat, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen [5]). Ist das Zurückbehaltungsrecht vor der Konkurseröffnung entstanden, dann hat der Gläubiger gleich dem Pfandgläubiger eine bevorzugte Stellung gegenüber den Konkursgläubigern. Beiden gewährt der § 49 Ziff. 4 ein Absonderungsrecht. Der Retinent nimmt also am Konkurse nicht teil, er wird gar nicht Konkursgläubiger, ist also nicht verpflichtet, die Sache in die Masse zu werfen.

Will er sich aus der retinierten Sache befriedigen, so hat er das unter Innehaltung der bereits geschilderten Vorschriften [6])

---

3) § 49 Ziff. 4, K.O.
4) § 15 K.O.
5) § 30 Ziff. 2, K.O.
6) s. o. § 13.

zu tun. Nur ist in diesem Falle nicht der Eigentümer der Sache, sondern der Konkursverwalter derjenige, gegen den sich die Klage auf Gestattung der Befriedigung zu richten hat. Die Erleichterung betreffs des Gerichtsstandes dieser Klage erleidet keine Schmälerung, auch der Konkursverwalter muß dem Gläubiger folgen. Ergibt sich bei dem Verkauf der Sache ein Überschuß, so gebührt dieser der Konkursmasse, findet der Retinent aber keine volle Befriedigung, so kann er den ungedeckt gebliebenen Rest seiner Forderung zum Konkurse anmelden und wird Konkursgläubiger.

Aus dem Vorgehenden ist ersichtlich, daß dem Retinenten gegenüber den Konkursgläubigern weitgehende Rechte eingeräumt worden sind, doch stehen diesen auch Pflichten gegenüber.

Er hat dem Konkursverwalter unter Innehaltung einer bestimmten Frist [7]) und unter Angabe der Forderung, wegen der er sein Absonderungsrecht geltend macht, Anzeige davon zu erstatten, daß er Sachen des Kridars besitzt. Der Konkursverwalter kann verlangen, daß ihm die Sache vorgelegt wird, er hat auch das Recht, sie abzuschätzen oder abschätzen zu lassen [8]).

Der Verwalter kann weiter verlangen und erzwingen, daß die Sache in einer angemessenen Frist, deren Berechnung dem Konkursgericht zusteht, versilbert wird und hat das Recht, selbst die Verwertung durchzusetzen, wenn der Gläubiger die Frist fruchtlos verstreichen läßt; er kann dann also die Sache versteigern lassen oder sie, wenn angängig, freihändig verkaufen [9]) und der Gläubiger kann sich nur an den Erlös halten.

Alles dies sind Bestimmungen, die dem Schutze der Konkursgläubiger dienen, denn deren Interesse hat der Konkurs-

---

7) K.O. § 118.
8) K.O. § 120.
9) K.O. § 127.

verwalter wahrzunehmen und deshalb hat er darauf hinzuwirken, daß ihnen möglichst weitgehende Befriedigung aus der Konkursmasse zuteil wird.

---

## III. Teil.

### § 13.

### Die Beendigung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes.

Das Gesetz selbst gibt nur zwei Fälle an, in denen das Zurückbehaltungsrecht erlischt: die Sicherheitsleistung des Schuldners und das anweisungs- oder vertragswidrige Verhalten des Gläubigers. Es sei aber auch an dieser Stelle nochmals betont, daß der Gläubiger verpflichtet ist, die Sicherheitsleistung anzunehmen. Es soll nicht in sein Belieben gestellt sein, auf welche Weise er Befriedigung erlangt, sondern das Gesetz will ihm nur die Handhabe bieten, daß er gedeckt wird.

Abgesehen von diesen beiden Fällen muß das Zurückbehaltungsrecht naturgemäß erlöschen, wenn die Voraussetzungen, die es zur Entstehung bringen, wegfallen.

1. Der reguläre Fall dürfte der sein, daß die Forderung erfüllt wird. Hierfür gibt es viele Möglichkeiten, von denen jede im B.G.B. geregelt ist. So erlischt ein Schuldverhältnis außer durch Zahlung durch Erlaß [1]), durch das sogenannte negative Schuldanerkenntnis [2]), durch Aufrechnung [3]), durch Hinterlegung [4]).

Soll die Forderung durch Zahlung befriedigt werden, so ist der Retinent wie der Pfandgläubiger [5]) verpflichtet, dem Schuldner die Sache Zug um Zug herauszugeben. Diese Ana-

1) § 397 B.G.B.
2) § 397 Abs. 2, B.G.B.
3) § 387 Abs. 2, B.G.B.
4) § 372 B.G.B.
5) § 1223 B.G.B.

logie dürfte zweifellos berechtigt sein, denn es liegt kein Grund vor, jenem weitere Befugnisse zuzugestehen als diesem.

2. Keine Retention ohne Retentionsobjekt! Besitzverlust macht das Zurückbehaltungsrecht ebenfalls gegenstandslos. Doch ist dabei zu unterscheiden, ob der Besitz der Sache freiwillig oder unfreiwillig verloren ging. Im ersteren Falle gibt der Gläubiger seinen Willen deutlich zu erkennen: er will dadurch auf sein Recht verzichten und Besitzverlust bewirkt Untergang des Zurückbehaltungsrechtes. Es kann natürlich auch wieder entstehen, doch müssen sich dann sämtliche anderen Voraussetzungen von neuem erfüllen. Dann ist das Zurückbehaltungsrecht aber eben ein neu erstandenes Recht. Anders bei unfreiwilligem Besitzverlust. Hier ist dem Gläubiger die Besitzklage gegen den gegeben, der ihm den Besitz entzogen hat, der ihm gegenüber die Sache fehlerhaft besitzt [6]). Gelangt er in diesem Falle wieder in den Besitz der Sache, so lebt das alte Zurückbehaltungsrecht wieder auf.

3. Wie der Besitzverlust, so vernichtet auch der Untergang des Objektes das Zurückbehaltungsrecht. Es kommt dabei auch nicht darauf an, ob den Gläubiger dabei ein Verschulden trifft oder nicht. War das Zurückbehaltungsrecht versichert, so darf und kann der Gläubiger an der Versicherungssumme sein Zurückbehaltungsrecht ebenfalls nicht geltend machen.

4. Durch Fortfall der Voraussetzungen des außerordentlichen Zurückbehaltungsrechtes. Wann dieses gegeben ist, haben wir oben [7]) gesehen. Es soll aber eben nur eine Ausnahme sein, daß wegen nicht fälliger Forderungen retiniert werden kann. Wird dieser Ausnahmezustand auf der schuldnerischen Seite zweifelsfrei beseitigt, ist die Forderung nicht mehr so gefährdet, dann sollen auch wieder lediglich die normalen Voraussetzungen in Anwendung kommen und nur diese das Zurückbehaltungsrecht begründen.

---

6) § 861 B.G.B.
7) s. o. § 8.

5. Ficht der Konkursverwalter das Zurückbehaltungsrecht mit Erfolg an[8]), so wird dadurch die Besitzübertragung nichtig, der Gläubiger verliert den Gewahrsam der Sache und geht damit des Zurückbehaltungsrechtes verlustig.

6. Auch dritte Personen können das Zurückbehaltungsrecht zunichte machen, wenn sie seiner Ausübung begründete Einwendungen entgegensetzen. Wir haben schon wiederholt betont, daß das Zurückbehaltungsrecht ein obligatorisches Recht, kein dingliches Recht ist. Die letzteren wirken in ihrer Struktur intensiver und ersticken das Zurückbehaltungsrecht, selbst wenn sie jünger sind als dieses. Dabei aber ist Voraussetzung, daß sie kraft Gesetzes entstanden sind, wie z. B. das Pfandrecht des Spediteurs usw. Ist das Pfandrecht durch Rechtsgeschäft erwachsen, so schlägt es das Zurückbehaltungsrecht nur dann aus dem Felde, wenn es früher entstanden ist.

Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht erlischt, wenn der Gläubiger stirbt, sofern nur nicht der Gewahrsam der Sache verloren geht. Denn der Besitz geht auf den Erben über[9]). Selbst wenn dieser kein Kaufmann ist, ist er doch geeignetes Subjekt des Zurückbehaltungsrechtes.

---

8) §§ 29 ff. K.O.; Anf. Ges. vom 21. Juli 1879.
9) § 857 B.G.B.